

## EL FUNDAMENTO DEL DERECHO EN EL REALISMO JURÍDICO AMERICANO

MARTIN, Nuria Bellosa Martín<sup>1</sup>

RODRIGUES, Saulo Tarso<sup>2</sup>

“Debo decir que, si fuera un litigante, temería a un pleito por sobre casi todas las demás cosas, salvo la enfermedad y la muerte” Jerome Frank

**RESUMEN:** Este artículo tiene como objetivo hacer una revisión conceptual del realismo jurídico norteamericano y su fundación pragmática para el modelo de interpretación judicial y sus efectos sobre el concepto positivista de "hacer cumplir la ley." En este sentido, además de proponer una revisión conceptual, propone esta investigación demuestran las debilidades epistemológicas sobre la base de la idea de que el juez está sujeto a lo que se dijo por el legislador a través de los actos reglamentarios. Es decir, la tarea interpretativa es mucho más complejo que un simple "aplicar". Por último, no podemos dejar de proponer una crítica del realismo, Pero que ha sido el de la exclusión de todas las referencias de la normativa componente y su desplazamiento por fácticos elementos.

**PALABRAS-CLAVE:** realismo jurídico; concepto positivista; hacer cumplir la ley; debilidades epistemológicas

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo fazer uma revisão conceitual do realismo jurídico americano e sua fundamentação pragmática para o modelo de interpretação judicial e seus efeitos sobre o conceito positivista de "aplicação da lei". Neste sentido, além de propor uma revisão conceitual, esta pesquisa demonstra as fragilidades epistemológicas com base na ideia de que o juiz está sujeito ao que foi dito pelo legislador através dos atos regulamentares. Ou seja, a tarefa interpretativa é muito mais complexa do que uma simples "aplicar". Finalmente, não podemos deixar de propor uma crítica ao realismo, pelo que tem sido a exclusão de todas as referências às regras de componentes e seu deslocamento pelos elementos factuais.

**PALAVRAS-CHAVE:** realismo jurídico; conceito positivista; fazer cumprir a lei; desabilidade epistemológica.

### A MODO DE PREMISA

“Siendo Oliver Wendel Holmes magistrado del Tribunal Supremo [de los Estados Unidos], en una ocasión de camino al Tribunal llevó a un joven Learned Hand en su carruaje. Al llegar a su destino, Hand se bajó, saludó en dirección al carruaje que se alejaba y dijo alegremente: ‘¡Haga justicia, magistrado!’. Holmes paró el carruaje, hizo que el conductor girara, se dirigió hacia el asombrado Hand, y sacando la cabeza por la ventana, le dijo: ‘¡Ése no es mi trabajo!’. A continuación el carruaje dio la vuelta y se marchó, llevándose a Holmes a su trabajo, supuestamente consistente en no hacer justicia”( DWORKIN, 2007, p.11).

1 Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España). Es Coordinadora del Programa de Doctorado del Departamento de Derecho Público “Sociedad plural y nuevos retos del Derecho”. Es Directora del Curso de Especialista Universitario en Mediación Familiar.

2 Pós-doutor em Direito Constitucional – Uppsala University – sweden, Doutor com “distinção e louvor” em sociologia do estado e do direito na disciplina de direitos humanos pela Universidade de Coimbra, sob orientação do prof. Dr. Boaventura de Sousa Santos, Mestre em Direito do Estado pela UNISINOS-RS e graduado em Direito pela UNIJUI – RS. Professor da Faculdade de Direito da UFMT.

Difícil tarea la que tienen ante sí los jueces, tan difícil que aún no existe consenso sobre si su trabajo es el de interpretar y aplicar la ley, o hacer justicia, o ambas tareas a la vez o ninguna de ellas.

Como apunta A. Nieto, en la práctica, los jueces se atienen fundamentalmente a aplicar la ley y resuelven con criterios de legalidad. Lo importante es que en ningún caso establece la Ley que los órganos de la Administración de Justicia han de buscar y declarar la justicia. “El decidirse a hacer justicia es, por tanto, una cuestión rigurosamente personal del juez. El ordenamiento jurídico no le obliga a ello, aunque le facilita su realización a través del ejercicio de su arbitrio.

(...) Las consecuencias resultantes son indudablemente paradójicas y hasta semánticamente contradictorias, pues nos encontramos ante una Administración de Justicia que no pretende hacer justicia en sentido propio” (...) Pues bien, cuando el juez quiere servir a la justicia y al derecho, su secreto consiste en (...) escogerá de entre todas las interpretaciones posibles de la Ley aquella que preste cobertura a su inicial fórmula justa. En definitiva, se empieza por la justicia de la solución y luego se justifica en términos legales” (NIETO, p. 250, 2002)

Determinar qué sea lo que mueve a los jueces a dictar esa sentencia y no otra (sus convicciones, la ley, la jurisprudencia, los hechos, los standards, la interpretación de los hechos, el sentido de lo justo...) es una tarea compleja e indudablemente, estrechamente vinculada a cuál sea el concepto y el fundamento del derecho con el que se trabaje. En las páginas que siguen ofrecemos unas breves reflexiones sobre un grupo de juristas, en su mayoría jueces y, a la vez, profesores universitarios, que indagaron en un nuevo concepto del derecho.

## 1. LAS ACEPCIONES DEL REALISMO JURÍDICO

Las corrientes del iusnaturalismo y el positivismo han sido las típicamente representativas de diversas formas de concebir y fundamentar el derecho. Pero a lo largo de la historia de las ideas filosófico jurídicas podemos destacar otras, tales como la del realismo jurídico, sobre la que vamos a presentar en este trabajo.

A la hora de utilizar esta expresión del “realismo jurídico” comenzamos encontrándonos con algunas dificultades, en la medida en que resulta ser un término ambiguo dado que son varias y diferentes sus estrategias de análisis y los propios resultados que se alcanzaron en diversas doctrinas jurídicas, todas ellas enunciadas bajo el rótulo de realistas. En un abordaje superficial, podríamos pensar que el realismo jurídico se presenta como una alternativa al positivismo jurídico. Lo que sí parece claro es que esta expresión se ha utilizado con la intención de aproximarse en mayor medida a la realidad. El problema surge a la hora de determinar a qué realidad nos estamos refiriendo o incluso, qué entendemos por realidad. Como acertadamente apunta I. Ara Pinilla, “es entonces cuando unos la interpretarán como realidad esencial, otros como realidad de la estructura del derecho, otros como realidad de la aplicación judicial del derecho, (...)” etc. (ARA PINILLA, 1996, p.71).

Giovanni Tarello, un estudioso del realismo jurídico americano<sup>3</sup>, llega a identificar en la literatura jurídica hasta quince acepciones diferentes de la expresión realismo jurídico, de las que sin embargo, sólo considera adecuadas las que son asumidas por las doctrinas del realismo jurídico americano y del realismo jurídico escandinavo.

Bajo la denominación de realismo jurídico escandinavo se comprenden las teorías de un conjunto de autores que, inspirándose en las enseñanzas de Axel Hägerström (1868-1939), desarrollaron su actividad a lo largo del siglo XX, principalmente en Suecia y Dinamarca. Su característica principal fue la de mantener una actitud crítica frente a las doctrinas del iusnaturalismo y del positivismo jurídico, acusándoles de

3 Vid. el excelente estudio de Giovanni TARELLO sobre el Realismo jurídico americano (*Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962). En esta obra se ocupa de los orígenes y caracteres del realismo jurídico americano, de la crítica de los conceptos sistemáticos y del ideal del “sistema”, de la crítica de los conceptos dogmáticos y del conceptualismo jurídico y de la crítica de la argumentación jurídica.

elaborar conceptos y nociones que no encontraban ningún significado en la realidad y que, por ello, no podían integrarse en ningún tipo de saber que pudiera considerarse científico.

Defendían la tesis de la realidad según la cual se entendía el acto del conocimiento como una relación entre un sujeto y un objeto perteneciente al mundo de la realidad interpretando a éste como el mundo de la experiencia sensible, es decir, el mundo limitado por las coordenadas del espacio y del tiempo. Por ello, el ámbito del conocimiento real quedaba limitado a los objetos físicos no siendo posible el conocimiento real de entidades habitualmente usadas en el lenguaje ordinario como la amistad o, en el lenguaje técnico jurídico, como la norma jurídica.

Los seminarios que dirigía Hägerström en la Universidad de Upsala fueron seguidos por algunos discípulos que compartían sus tesis, dando así lugar a la conocida “Escuela de Upsala”, y entre cuyos estudiosos podemos destacar las figuras de Vilhem Lundstedt<sup>4</sup> (1882-1955), Karl Olivecrona (1897-1980)<sup>5</sup> y Alf Ross (1899-1979)<sup>6</sup>. Nuestro objeto de atención va a ser el Realismo jurídico americano por lo que no nos extendemos ahora más en el Realismo jurídico escandinavo.

El movimiento del Realismo jurídico americano está integrado básicamente por una serie de juristas que durante los años treinta y la primera mitad de los cuarenta mantuvieron una actitud crítica contra algunos de los principios del sistema jurídico del *common law*. No puede olvidarse la peculiar situación que vive Estados Unidos a principios de siglo, con un sistema muy diferente al que en la misma época regía en el continente europeo. Se trataba de un régimen básicamente judicialista en el que los jueces disponían además de una institución clave a la hora de traducir la supremacía de su poder de creación del derecho frente a los embates del poder legislativo. Se trataba de la *judicial review*, es decir, la posibilidad que se atribuía al juez de invalidar las leyes que él mismo consideraba inconstitucionales, lo que constituyó un poderoso instrumento utilizado por algunos jueces que querían reivindicar el papel protagonista que consideraban merecerían, en el continente americano.

El derecho legislativo tenía poca relevancia y, en todo caso, subordinada a la que se atribuía al poder judicial. En el continente europeo, desde la corriente del positivismo jurídico, el auge de la codificación y de las doctrinas jurídicas formalistas habían llevado a extender la concepción ya conocida de Montesquieu del juez como la boca muda que pronuncia las palabras de la ley. En Estados Unidos, por el contrario, el juez era considerado un auténtico órgano de producción del derecho. Sin embargo, esto no significaba que el juez fuera totalmente libre a la hora de dictar sus sentencias ya que estaba vinculado por el precedente, por las decisiones que con anterioridad hubiesen dictado otros jueces en supuestos análogos. Se introducía así la doctrina del precedente judicial. Claro está que también se permitía romper con el precedente judicial, si el juez lo razonaba adecuadamente.

Todo ello venía a provocar grandes dificultades tanto para la impartición de justicia como para el estudio del derecho que, en última instancia, tenía que tomar como objeto de análisis a cada una de las manifestaciones jurídicas susceptibles de ser invocadas como precedente. Para solventar esta situación se fue

---

4 V. Lundstedt rechazaba la caracterización tradicional del derecho positivo como conjunto de normas dirigidas a la realización de un principio de justicia material, por entender que ni la justicia ni las normas pueden ser consideradas entidades reales. Consideraba que no había más realidad que el mecanismo del derecho entendido como organización de la fuerza.

5 K. Olivecrona sostenía que el concepto de fuerza vinculante del derecho, que constituye una de las claves del funcionamiento jurídico, no era más que una noción ideal, al igual que lo son el deber jurídico, el derecho subjetivo o la norma jurídica. Todas ellas son nociones que, a pesar de carecer de referencia semántica y no poder ser calificadas como científicas, desarrollan sin embargo, una gran influencia condicionando los comportamientos de las personas que actúan como si tales entidades fueran realmente existentes.

6 A. Ross proponía un realismo jurídico más atenuado que los demás representantes de la Escuela de Upsala. Considera las normas jurídicas como directivas de comportamiento que se plasman principalmente en el planteamiento del problema de la vigencia del derecho en función de la eficacia de las normas, y de ésta en función de su aplicación por parte de los jueces. En la medida en que las normas jurídicas tienen por objeto la regulación del uso de la fuerza por parte de los tribunales su eficacia se hace depender directamente del comportamiento de los jueces al respecto, y no de los ciudadanos.

perfilando un nuevo método de enseñanza del derecho –el *case method*– consistente en el análisis de una serie de casos tipo que eran considerados por su relevancia dignos de influir en la vida jurídica, operando por tanto como auténticas normas jurídicas.

La dinamicidad de la sociedad norteamericana de principios del siglo XX era amplia lo que pronto puso de manifiesto la necesidad de que los jueces siguieran en sus decisiones el ritmo que les marcaba el curso de la vida social. Es así como despuntan figuras relevantes que podríamos considerar los precedentes del propio realismo jurídico: Jhon Dewey (1859-1952)<sup>7</sup>, el juez de la Corte Suprema Oliver Wendel Holmes (1841-1935)<sup>8</sup>, Benjamín Cardozo (1870-1938)<sup>9</sup> y Roscoe Pound (1870-1964)<sup>10</sup>. Lamentablemente, no podemos ahora ocuparnos de las aportaciones de cada uno de estos juristas. Nos vamos a limitar a reseñar los principales precursores del movimiento del realismo jurídico norteamericano.

## 2. ANTECEDENTES: CRÍTICA DE J. AUSTIN Y EL PRECURSOR O. WENDEL HOLMES

**2.1.** El movimiento realista norteamericano<sup>11</sup>, por una parte constituye un análisis crítico de la tradición de la jurisprudencia analítica de J. Austin. Por otra parte, representa un ataque violento contra lo que, como denomina Recasens Siches, se podría llamar la “mística del *Common Law*, entendido éste como un cuerpo omnicompreensivo que contiene normas y criterios para solucionar todos los casos que puedan presentarse”. Es decir, el concepto del *Common Law* forjado a través de las enseñanzas del Profesor Beale en la Universidad de Harvard, que en cierto modo venía a ser el equivalente anglosajón de la escuela francesa de la exégesis y de la doctrina de los pandectistas alemanes<sup>12</sup>.

El problema del que se partía era el ya el del propio concepto de la realidad, como antes hemos indicado: ¿la realidad se encuentra solo en los hechos o cosas intangibles? ¿en las verdades eternas? La mayor parte de los realistas buscan la realidad en la conducta humana, en la conducta de los jueces y otros funcionarios, en operaciones concretas, más que en esencias.

7 J. Dewey insistirá en la idea de que es el cuerpo social en su conjunto el que determina las reglas que siguen los jueces en sus decisiones.

8 O. W. Holmes acentuará la necesidad de aplicar al análisis del derecho un método sociológico al considerar al derecho como un conjunto de profecías acerca del sentido de las decisiones judiciales.

9 B. Cardozo remitirá al juez a la vida social para poder determinar los intereses que deben tomar en consideración las sentencias, entendiendo que para la satisfacción de los mismos se pueden utilizar, alternativa o combinadamente en función de las características y exigencias del interés en cuestión, el método filosófico (análisis lógico), el método evolutivo (análisis histórico), el método de la tradición (análisis de la costumbre) y el método sociológico (análisis del bienestar de la sociedad).

10 El pensamiento de Pound experimentó una cierta evolución, por lo que podemos distinguir dos etapas: en la primera presenta una concepción del derecho relativista e historicista, presentándolo como un producto en continua evolución. En la segunda fase, intenta combinar su inicial historicismo con valores inmutables que siempre debe respetar el derecho, lo que le llevará a acabar criticando el relativismo extremo que defendía el realismo americano.

11 Este movimiento del realismo jurídico norteamericano ha sido objeto de incomprensión y distorsión en el panorama jurídico estadounidense. En España tampoco la situación ha sido muy halagüeña, ya que aquí se ha pecado de haber dispensado muy poca atención al mismo, lo cual queda probado por el hecho de que ninguna de las principales obras de los realistas haya sido traducida al castellano. Concretamente, las únicas traducciones disponibles en castellano de trabajos realistas se limitan a algunos artículos de K. Llewellyn y J. Frank: LLEWELLYN, K., *Belleza y estilo en el derecho*, trad. de J.J. Puig Brutau, Barcelona, Bosch, 1953; LLEWELLYN, K., “Una teoría del derecho realista: el siguiente paso”, en P. Casanovas y J.J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp.244-293; FRANK, J., “Palabras y Música (algunas observaciones sobre la interpretación de las leyes”, en AA.VV., *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, Losada, 1951, pp.173-209; y FRANK, J., *Derecho e incertidumbre*, trad. de C.M. Bidegain, México, Fontamara, 1993 (2ªed.). Compartimos con J.A. Pérez Lledó la sospecha de que “la historia del realismo se ha escrito muchas veces a golpe de caricaturas hechas de retales” (*El movimiento Critical legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996, p.328). Destacamos el trabajo de L. Recasens Siches, al que citaremos frecuentemente en nuestro trabajo. También los de J.I. Solar Cayón que, desde la filosofía jurídica española, ha contribuido a que el realismo jurídico americano, y especialmente la aportación de J. Frank, sean conocidas. A lo largo de nuestro trabajo, tomamos como referencia imprescindible sus trabajos, junto con el ya citado de G. Tarello.

12 RECASENS SICHES, L., “El movimiento del realismo jurídico americano”, en *Antología: 1922-1974*, México, FCE, 1976, p.291. También, *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*, México, Editorial Porrúa, 1963.

En cierta manera, el movimiento realista surge como una crítica contra la escuela analítica. La teoría analítica de Austin, siguiendo algunas ideas de Hobbes, refiere el derecho positivo a un mandato del soberano, línea que después siguió Kelsen. Pero en Estados Unidos hubo pensadores jurídicos que trataron de seguir otra línea: la de buscar la realidad efectiva sobre la cual se apoya y de la cual emana el derecho vigente. Y por ello se preguntan: ¿qué es lo que en efecto y en realidad es derecho vigente en un determinado país y en un cierto momento?

Esta pregunta surge inevitablemente cuando se plantea un conflicto o duda con respecto a las normas jurídicas. Lo que dicen las leyes y los reglamentos, los precedentes jurisprudenciales, las costumbres, etc. pueden constituir fuentes de presunción para hacer vaticinios probables, pero no suministran una respuesta segura, porque el derecho real y efectivo va a ser “lo que sobre el caso planteado resuelva el órgano jurisdiccional”. El movimiento realista lleva a cabo una crítica firme de la concepción mecánica de la función judicial como un silogismo

El denominador común de los realistas americanos consiste en su actitud escéptica respecto de la descripción tradicional de la conducta real y efectiva de los tribunales. Aunque no hay unanimidad entre los juriconsultos de este movimiento sobre qué deba entenderse por realidad, parece que la mayor parte de ellos busca la realidad en la conducta efectiva de los jueces y de los funcionarios administrativos.

Con todo, hay que distinguir entre lo que el juez establece en sus sentencias, y lo que el juez decide efectivamente. A veces, la regla sentada por el juez en su fallo constituye solamente una especie de disfraz para justificar la decisión que toma, constituye un intento de justificación aparente de su sentencia ante la doctrina tradicional. Lo que importa no es tanto lo que el juez dice sino sobre todo lo que el juez hace. Las reglas que el juez establece o expresa en sus sentencias no son siempre las mismas conforme a las cuales él actúa, es decir, conforme a las cuales fala o decide.

Entonces, si queremos saber lo que efectivamente es derecho, tenemos que indagar los modos reales de la conducta judicial. Lo que interesa a los realistas es averiguar el derecho efectivamente real. Este no es ni el que aparece declarado en las reglas legislativas, ni tampoco aquel que los jueces declaran como base de sus fallos, sino que de hecho es lo que los jueces hacen, independientemente de lo que expongan en sus sentencias. “Para averiguar, pues, el derecho efectivo, hay que estudiar el modo real como los jueces se comportan”.

Jhon Gray ejerció también una gran influencia en lo que después sería el movimiento del realismo jurídico norteamericano. Gray distingue entre derecho efectivo y fuentes del derecho. El derecho efectivo consiste en las reglas sentadas por los tribunales y aplicadas por estos. Fuentes de derecho, en cambio, son los materiales en los que el juez se inspira para establecer las reglas efectivas de su fallo. Estos materiales suelen ser los siguientes: leyes, precedentes jurisprudenciales, opiniones doctrinales, costumbres y principios éticos. Una ley, por sí sola, aún no es derecho, mientras no haya sido interpretada y aplicada por los tribunales.

Todo derecho efectivo es derecho elaborado por los tribunales. Los realistas creen que Gray, aunque contribuyó a abrir nuevos horizontes para saber lo que efectivamente es derecho, se quedó a mitad de camino, porque olvidó la insinuación que años antes había lanzado Holmes. Hay que distinguir entre las reglas que el juez establece en sus sentencias, y lo que el juez decide efectivamente. Si queremos saber lo que efectivamente es derecho, tenemos que indagar los modos reales de la conducta judicial<sup>13</sup>.

**2.2.** Hacia fines del siglo XIX, el 8 de enero de 1897, Oliver Wendel Holmes (1841-1935) pronunció una conferencia ante los alumnos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Boston, con el título “The Path of Law” (La senda del derecho). Esta conferencia tuvo una gran repercusión, desembocando en una profunda renovación de los estudios jurídicos en Estados Unidos.

---

13 Vid. GRAY, Jhon C., *The Nature and Sources of the Law*, Dartmouth Publishing Company, edited by D. Campbell and P. Thomas, 1997.

Holmes, tras formarse en Harvard, trabajó como abogado, profesor y sobre todo juez. Su carrera culminó en la Corte Suprema de los Estados Unidos, donde ejerció durante treinta años y desde donde estableció las líneas básicas por las que transcurriría el Derecho americano del siglo XX<sup>14</sup>. En su obra más significativa, *Common Law* (1881), ya subrayaba que “la vida del derecho no ha sido lógica, sino experiencia”. En su famosa conferencia, quiere que sus oyentes se paren a considerar cuál es el objeto de sus estudios: éste no es otro que acertar, predecir, cuáles van a ser en su caso las sentencias de los jueces, aun cuando para ello haya que servirse de documentos del pasado. Es verdad que con frecuencia se ve al derecho de otro modo: como una serie de deberes y obligaciones. Pero esta visión viene determinada por una confusión, entre derecho y moral.

Para evitarla conviene advertir que el derecho no sólo lo cumplen los que son buenas personas, sino también los que no lo son, pero quieren librarse de las malas consecuencias que les acarrearía no cumplir con el derecho. Propone pues adoptar el punto de vista del “bad man”, del mal hombre, al meditar sobre las consecuencias probables de una determinada conducta. Desde este punto de vista del “mal hombre” podemos comprender lo que verdaderamente es el derecho, a diferencia de otras nociones afines, como la de ética o moral. Para el “bad man” lo importante es saber si la acción programada ocasionará la reacción punitiva de un órgano del Estado. La predicción de esa reacción es el derecho. Es decir, “las profecías acerca de lo que harán los tribunales de justicia”:

“Si queréis conocer el derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre a quien sólo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre, que encuentra razones para su conducta –dentro o fuera del derecho– en los mandamientos de su conciencia. El derecho está lleno de fraseología tomada a préstamo de la moral, y por la simple fuerza del lenguaje nos invita continuamente a pasar de un dominio al otro sin percibirlo, invitación que no sabremos resistir a menos que tengamos permanentemente en cuenta la línea fronteriza entre ambos campos” (WENDEL HOLMES, 1959)

Pero –advierte Holmes– conviene evitar otra posible tentación: la de pensar que el derecho pueda articularse con la exactitud propia de las ciencias matemáticas y que, por consiguiente, pueda encontrarse en él una solución segura y exacta. Esta confusión proviene de la forma lógica con que se revisten las sentencias y, en general, todo el lenguaje jurídico, y se ve favorecido por el ansia humana de seguridad y certeza. Pero no se puede negar que tras cualquier razonamiento jurídico irreprochable lógicamente, hay un punto de partida que depende de una valoración, de un juicio de valor, y a ese punto de partida, a la preferencia de uno u otro de los diversos fundamentos posibles de las disposiciones o de las resoluciones jurídicas, no se le puede aplicar la matemática ni la lógica.

Para la configuración de las decisiones jurídicas –advierte Holmes– no basta con ser fiel a las disposiciones y precedentes judiciales del pasado. La historia es útil para interpretar el sentido de las reglas vigentes; también la sociología y la economía para saber adaptarlas a las necesidades del presente y del futuro; también la teoría general del derecho. Sólo con la ayuda de estos conocimientos básicos se puede realmente llegar a conocer lo que es el derecho, más allá de la maraña de las disposiciones concretas, y acertar con “las verdaderas bases de las profecías”.

Apuntaba Holmes en su célebre conferencia:

“Tomad, por ejemplo, la pregunta fundamental ‘¿qué es el derecho?’. Encontraréis que ciertos autores os dirán que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es deducción a partir de principios de ética o axiomas universalmente aceptados, o cosa parecida, que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si adoptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a éste le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero que en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra. Yo opino de manera

14 Vid. *Los votos discrepantes del Juez O.W. Holmes*. Estudio preliminar y trad. de C. Arjona Sebastián, Madrid, Iustel, 2006.

bastante parecida. Yo entiendo por “derecho” las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos” (GASCÓN, 1999)<sup>15</sup>.

Las ideas de Holmes fueron proseguidas por otro famoso magistrado norteamericano, Benjamín N. Cardozo (1870-1938)<sup>16</sup>, quien, aunque tiene ciertos tintes del llamado “realismo”, encaja más bien en la línea de la “jurisprudencia sociológica”, cuyo máximo representante es Roscoe Pound (1870-1964)<sup>17</sup>.

### 3. EL MOVIMIENTO DEL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO

A partir de un conocido artículo “Algo del realismo sobre el realismo- En respuesta al decano Pound”, trabajo redactado conjuntamente por Llewellyn y Frank-aunque finalmente este último decidió no firmarlo-, se ofrece la respuesta a un artículo de Roscoe Pound, publicado unos meses antes en la misma Revista, criticando, en un tono paternalista que no agradó a los autores, las posiciones de determinados jóvenes profesores de derecho –sin citar concretamente a ninguno- que cuestionaban la ortodoxia jurídica. Ello venía a constituir el detonante de una polémica entre los representantes de dos generaciones distintas de juristas (LLEWELLYN, p. 1222-64, 1931)<sup>18</sup>. Entre los más destacados realistas podemos citar a: Underhill Morre, Herman Oliphant, Walter W. Cook, Kart N. Llewellyn, Charles E. Clark y Jerome Frank.

K. Llewellyn, profesor de la Universidad de Columbia (Nueva York), y después de la de Chicago, a partir de su trabajo *A Realistic Jurisprudence: The Next Step*, publicado por primera vez en 1930 (LLEWELLYN, p. 431-65, 1930)<sup>19</sup>, recalca que no intenta dar una definición del derecho. Una definición es algo que delimita el campo, determina lo que queda dentro y lo que queda fuera. Sin embargo, “el derecho es tan amplio como la vida”. Llewellyn trabajó sobre las reglas y concluyó que había que diferenciar las “reglas en el papel” y “reglas efectivas”. Las primeras comprenden no solamente las normas formuladas en las leyes y los reglamentos, sino que comprenden también las normas que los tribunales declaran en sus sentencias, como fundamentos para sus fallos. Las “reglas efectivas” son aquellas, declaradas o no, según las cuales los jueces deciden realmente el litigio.

15 Como el derecho, según Holmes, es predicción de conducta judicial, el punto de vista que se viene a adoptar para la solución de los problemas teóricos planteados por el derecho y por la ciencia del derecho es el del abogado. El comportamiento de los jueces en el pasado permite predecir cuál será su comportamiento en el futuro. Ello presupone una cierta regularidad en la conducta de los jueces. Este presupuesto será lo que cuestione precisamente J. Frank e su obra *Derecho e incertidumbre*. A juicio de Frank, en la predicción del comportamiento probable de los jueces de segunda instancia, es decir, de aquellos para quienes los ‘hechos’ ya han sido definidos mediante decisiones comúnmente inapelables por los jueces de primera instancia, no existen mayores dificultades. Existe un considerable grado de regularidad en las decisiones de los tribunales superiores, y cualquier abogado con un mínimo de experiencia se encuentra en condiciones de anticipar cuál será la decisión del tribunal superior, a partir de los ‘hechos’ fijados en la sentencia de primera instancia. Es en la predicción del comportamiento de los jueces de primera instancia, en su compleja tarea de declarar cuáles son los ‘hechos’ del caso, donde surgen obstáculos difíciles de salvar. Como los ‘hechos’ del caso, tal cual se los declara acaecidos por el juez, son los que determinan la aplicabilidad o inaplicabilidad de una determinada norma, si no se puede determinar el comportamiento del juez en la declaración de los ‘hechos’ del caso, o si ello es muy difícil, no se puede predecir con certeza el desemboque de un caso futuro. De ahí la aprobación de Frank a la celebrada frase de L. Hand: “Debo decir que si fuera un litigio temería un pleito por sobre casi todas las demás cosas, con excepción de la enfermedad y la muerte”. (Sobre la influencia de los hechos en el derecho, *vid.* GASCÓN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999).

16 Las dos obras más importantes de Cardozo son: *The Nature of the judicial Process* (1921) y *The Growth of the Law* (1924). *Vid.* MIRAUT MARTÍN, Laura, *La teoría de la decisión jurídica de Benjamín Nathan Cardozo*, Madrid, Dykinson, 1999.

17 Aunque Roscoe Pound ejerció también durante algún tiempo el cargo de magistrado, su nombre va más bien unido al cargo de profesor, que desempeñó en diversas Facultades de Derecho, y al de Decano, que desempeñó durante veinte años en la Universidad de Harvard. Entre sus obras cabe destacar: *The Spirit of the Common Law* (1921) (trad. al castellano de J. Puig Brutau, *El espíritu del “common law”*, Barcelona, 1954); *Introduction to the Philosophy of Law* (1922; 2ª ed., rev., 1954); y *Jurisprudence* (1959).

18 Cita tomada de: SOLAR CAYÓN, José Ignacio, “El concepto de derecho en el realismo jurídico americano: una reinterpretación”, en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: Escritos jurídicos*, 2003, pp.1186 (cita 1).

19 Hay traducción al castellano: “Una teoría del derecho realista: el siguiente paso”, en P. Casanovas y J.J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp.244-293.



Es Llewellyn quien ha insistido repetidamente en algunas proposiciones que son comunes al movimiento realista norteamericano:

1. El derecho se halla en una constante situación de fluidez, de cambio, de dinamicidad.
2. El derecho significa un medio para fines sociales, no es un fin en sí mismo.
3. La sociedad para cuyos fines el derecho es un medio, se halla en una situación de fluidez, todavía mayor que el derecho mismo.
4. El teórico del derecho debe ocuparse y analizar solamente lo que los tribunales, los funcionarios y los ciudadanos hacen efectivamente, sin referirse a aquello que deberían hacer. La tarea de la teoría del derecho es, en primer lugar, observar los hechos de la conducta humana, especialmente de la conducta judicial y de los funcionarios administrativos, en todas las circunstancias de los casos particulares.
5. La investigación jurídica debe mirar con sospecha el supuesto de que las normas o reglas, en los términos en que están enunciadas o inscritas en los libros, representen lo que los tribunales y la gente hacen real y efectivamente.
6. La investigación jurídica debe mirar con igual sospecha el supuesto de que las normas o reglas del derecho enunciadas formalmente son las que en realidad producen los fallos y las resoluciones que pretenden estar basadas sobre ellas.
7. Hay que reconocer la necesidad de agrupar los casos particulares en conceptos más estrechos, es decir, de menos área. Resulta pues conveniente aumentar o multiplicar el número de los conceptos que se emplean como instrumentos de trabajo.

Se pregunta Llewellyn: ¿Qué significa el derecho para la gente en sociedad? ¿Qué diferencia existiría entre que hubiese o no tribunales, abogados, Facultades de Derecho? No basta con afirmar que esas personas o instituciones se ocupan de las disputas, porque hay muchas disputas que no caen bajo su ámbito de actuación. Por ejemplo: la diferencia de opinión entre el padre y el hijo; los regateos en el mercado; las discusiones entre patrones y obreros que no llegan al proceso jurídico. Estas disputas en las que no interviene el derecho pueden resolverse, o al menos suavizarse, entre los propios implicados, sin perturbar gravemente el orden social. En cambio, la intervención de los funcionarios jurídicos en las disputas aparece como el medio de tratar aquellas disputas que no podrían resolverse de otra manera..

En definitiva, concluye Llewellyn que el derecho interviene tan sólo para solucionar aquellas disputas que no son resueltas por las partes o que degeneran en el empleo de métodos ilícitos prohibidos por la ley (tiros, intimidación). Respecto de esa parte del derecho, que consiste sobre todo en resolver tales disputas, la pregunta práctica más interesante es la que se dirige a averiguar de qué manera tales disputas van a ser resueltas por los jueces o funcionarios administrativos con jurisdicción.

El juez, a la hora de pronunciar su fallo, puede mencionar con fundamento diversas leyes o sentencias anteriores, pero que en realidad no las sigue, o las sigue solamente de modo parcial. A pesar de referirse a ellas, las elude total o parcialmente, por medio de razonamientos interpretativos. Estos razonamientos pretenden mostrar que el juez cumple lo dispuesto en tales normas, pero en realidad son solamente un disfraz de la otra norma diferente que efectivamente sigue el juez en su fallo, norma que no es declarada sino más bien encubierta. La investigación realista trata precisamente de quitar esos disfraces; intenta poner en claro la 'norma efectiva' que el juez toma como base para su fallo; quiere desvanecer la ficción convencional de que el juez está aplicando las normas por él mencionadas o declaradas, y mostrar qué es lo que de hecho hace el juez, a pesar de lo que escribe en su sentencia.

Junto con Llewellyn, Jerome Frank es otro de los grandes impulsores del movimiento del realismo norteamericano. Profesionalmente fue juez, magistrado del tribunal de apelación, y enseñó también como profesor visitante en las principales Universidades de Estados Unidos. La construcción y generalización de una imagen distorsionada del realismo –resultado de una estrategia para desacreditar al movimiento– intentando atribuir al movimiento del realismo jurídico las posiciones peculiares específicas de alguno de sus



componentes en aspectos muy concretos, hizo que Frank, haciendo gala de un estilo irónico muy característico en él, replicara así:

“1) Jones discrepa con Smith acerca de los aranceles. 2) Robinson discrepa con Smith acerca de las virtudes del caldo de repollo. 3) Puesto que Jones y Robinson discrepan con Smith sobre algo, se sigue que a) cada uno de ellos discrepa con Smith sobre todo, y que b) Jones y Robinson están de acuerdo entre sí acerca de los aranceles, las virtudes del caldo de repollo, la Sociedad de naciones, la teoría cuantitativa del dinero, el vitalismo, Bernard Shaw, Proust, Lucky Strikes, el comunismo, Hill Rogers –y todo lo demás (...) Dickinson ha realizado una composición fotográfica de los autores con los que discute. Uno ve, por ejemplo, el pelo de Green, las cejas de Yntema, los dientes de Bros, el cuello de Olphant, los labios de Llewellyn... El retrato es la imagen de una criatura imaginaria e irreal, un híbrido extraño, deforme, estéril”(FRANK, p. 9, 1949)<sup>20</sup>.

Una de sus obras más representativas de Frank es la de *Derecho e incertidumbre* (FRANK, 1993)<sup>21</sup>. Tomando como punto de partida algunas de las ideas esbozadas por Holmes, considera que ni siquiera en una sociedad relativamente estática los hombres han podido construir un sistema de reglas o normas omnicomprendivas, que contengan respuestas para todas las posibles cuestiones. No ha sido posible nunca y en ninguna parte y menos, en la época en la que le tocó vivir, donde nuevos instrumentos de producción, nuevos medios de viaje, nuevas formas de propiedad, nuevos hábitos, nuevas costumbres e ideales, hacían desvanecerse la esperanza de que algún día pueda establecerse un sistema definitivo de derecho que solvente todos los problemas.

De ahí que se pregunte por qué se ha de ocultar esa dimensión de incertidumbre, de falta de certeza. Los abogados suelen ocultarla cuando le dicen al cliente que el derecho dará respuesta a sus cuitas. También la ocultan los profesores del derecho cuando presentan el orden jurídico como un sistema firmemente establecido. También la ocultan los jueces cuando disfrazan sus innovaciones, a veces radicales, bajo la apariencia de una interpretación de la norma establecida, interpretación que revisten con el ropaje de un sesudo pseudorazonamiento lógico, para presentar el fallo como fiel aplicación de una vieja norma, mediante argucias formalistas.

Según la idea enseñada por muchos juristas, se supone que el derecho es general, uniforme, continuo, igual y puro. Sin embargo, la experiencia muestra que esto no es así. No hay tal certeza, ni seguridad, ni uniformidad. Para cualquier persona, el derecho cierto sobre una determinada situación es sólo la sentencia que un tribunal haya pronunciado sobre esa situación, en tanto que dicha sentencia afecta a aquella persona particular. Antes de que haya recaído sentencia, lo único que puede tenerse respecto del derecho relativo a esa persona y situación es la suposición que los abogados hagan lo que el tribunal vaya probablemente a decidir. Por ello, entiende Frank que el derecho respecto a una determinada situación es o bien el derecho efectivo, real, contenido en una sentencia pronunciada en el pasado sobre dicha situación, o bien nada más que el derecho probable, es decir, el pronóstico o suposición sobre una sentencia futura.

Como muestra de esta incertidumbre del derecho, Frank cita la variabilidad de la jurisprudencia de los tribunales. Incluso en la Suprema Corte, la jurisprudencia varía al cambiar su composición personal. Al plantearse un problema, pueden surgir en el seno de la Suprema Corte dos opiniones, una mayoritaria y la otra minoritaria. Al poco tiempo, la composición de la Suprema Corte cambió por el fallecimiento o la dimisión de alguno de sus miembros, y el nombramiento de otro para sustituir al desaparecido, y, al plantearse de nuevo un caso similar, éste fue resuelto de modo contrario, por lo que aquello que antes fue solo un voto particular se convirtió después en decisión de la mayoría.

Considera Frank que un pleito es una batalla y nadie puede predecir plenamente lo que en la batalla puede suceder. Al igual que en una batalla son muchos los factores que intervienen, lo mismo sucede en un pleito. Cuando se produce un conflicto y el cliente consulta con el abogado, éste no puede contestar con certeza absoluta: el adversario puede introducir un testimonio insospechado; los propios testigos, en quienes

20 Artículo que posteriormente aparecería como prefacio a la sexta edición de *Law and the Modern Mind*.

21 El propio J. Frank llegó a mostrar su rechazo a la etiqueta “realismo jurídico”, proponiendo en su lugar la de “jurisprudencia experimental” (“Realism in jurisprudence”, en *The American Law School Review*, Vol.VII, 1934, p.1063.

se confía, pueden fallar en su testimonio. Incluso, la personalidad del juez es un factor muy importante. A ello hay que sumar la propia función judicial. Subraya Frank que puede ocurrir que el juez, a la vista de la prueba y de los alegatos, se forme una opinión sobre el caso discutido, una especie de convicción sobre lo que es justo; y después busque los principios o “considerandos”, que puedan justificar su opinión, a la vez que también articule los “resultandos” de hecho, de modo que los hechos encajen dentro de la calificación jurídica que justifique el fallo que va a tomar.

Uno de los factores que contribuyen a la formación de las intuiciones del juez consiste en las normas y principios jurídicos declarados en las leyes, los reglamentos, los precedentes jurisprudenciales y las doctrinas en boga. Pero en realidad, mayor alcance práctico que el escoger las normas tiene la determinación de los hechos. Sin embargo, hay que advertir que los hechos nunca son vistos directamente por el juez. Éste llega a tener un conocimiento sólo indirecto de los hechos, a través de las deposiciones de los testigos, o de lo relatado en documentos, o de las opiniones de los peritos, etc.<sup>22</sup>.

Uno de los aspectos del realismo jurídico americano que ha suscitado mayores controversias ha sido el del concepto del derecho. Más allá de las irreconciliables discordancias existentes entre las distintas escuelas de pensamiento jurídico previas a la aparición del movimiento realista, todas ellas coincidían sin embargo en su concepción del derecho como un elemento normativo (norma, ley, obligaciones, deberes, etc.). Sin embargo, el realista va a prescindir de dicho elemento en su caracterización del derecho. Conviene hacer una advertencia desde el inicio y es la de que no existe una definición realista de derecho que postule este movimiento sino, a lo sumo, definiciones de algunos realistas en particular. Lo que sí podemos encontrar es una caracterización del derecho en términos exclusivamente fácticos.

Como ya hemos destacado, su interés se centra en el análisis de hechos sociales antes que en el estudio de los elementos de carácter normativo que hasta entonces habían sido considerados componentes esenciales del derecho. “Para el realista la noción de derecho no evoca, directamente, tanto la idea de norma cuanto la actuación de una serie de personas consideradas como esencialmente relevantes en el proceso de resolución institucional de los conflictos sociales” (SOLAR CAYÓN, p.1186, 2003)

La definición más representativa es la de Llewellyn, para quien el objeto del derecho no consiste en otra cosa que un “hacer algo en relación a las disputas”. Hacer que se halla socialmente encomendado a una serie de personas, “sean jueces o policías o secretarios o carceleros o abogados”, específicamente autorizadas para la resolución institucionalizada de aquellos conflictos. Y concluye Llewellyn, “lo que estos oficiales hacen respecto de las disputas es, a mi entender, el derecho mismo”. Frank, por su parte, insistía más, -como ya hemos apreciado- en el acto de la decisión judicial, presentándose el derecho fundamentalmente como las decisiones de los tribunales. De este modo, el juez acaba convirtiéndose, para los realistas norteamericanos, en la figura central que de alguna forma viene a representar efectivamente la idea de ese soberano personal, de carne y hueso, que a lo largo de la historia jurídica anglosajona, había sido imaginado por Hobbes o Austin (SOLAR CAYÓN, p. 495-506, 1999)

#### 4. CRÍTICAS AL REALISMO JURÍDICO AMERICANO

El punto central de las críticas que se han vertido, principalmente con respecto al concepto del derecho del realismo jurídico americano, ha sido el de la exclusión de toda referencia o componente de carácter normativo y su desplazamiento por elementos fácticos. Es decir, la idea realista de que el derecho es un conjunto de hechos -fundamentalmente de decisiones judiciales- antes que un conjunto de proposiciones prescriptivas. Siguiendo a Solar Cayón (SOLAR CAYÓN, p. 1188, 1999), esta crítica básica la podemos deslindar, a su vez, en cuatro críticas.

22 No podemos detenernos aquí en el análisis de la motivación de las decisiones judiciales por parte de los jueces. Para este tema, *vid.* ASÍS ROIG, Rafael de, *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las Casas, 2005; también, FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007. Por último, *vid.* DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, cit.

- a) La noción de validez jurídica viene a equiparse o confundirse con el hecho de su aplicación efectiva por parte de los tribunales. Es decir, si partimos de la interpretación apuntada, tenemos que aceptar que la idea de que la juridicidad o la validez de una determinada prescripción vendrá determinada, no por su sujeción o conformidad respecto de determinadas exigencias normativas preestablecidas sino simplemente por el dato fáctico de su procedencia de determinadas personas, especialmente los jueces. De ahí que la noción de validez jurídica acabe confundiéndose con el hecho de su aplicación efectiva por parte de los tribunales. Y desde esta perspectiva, el realista –apuntan los críticos- se vería abocado a sostener la absurda conclusión de que muchas de las normas que ordinariamente son consideradas normas jurídicas, e incluso observadas socialmente de un modo general en base a tal consideración, no son en realidad tales por la simple razón de que jamás ha sido, y probablemente nunca será, objeto de disputa ante un tribunal.
- b) Imposibilidad de definir el derecho en relación a la conducta de los jueces u otros oficiales encargados de su aplicación a los casos particulares en la medida en que simplemente hablar de la existencia de tales personas presupone admitir la idea previa de ciertas normas que han de suministrar los criterios para identificar a aquellos. Para entender esta crítica, baste tomar en consideración la crítica expresada en 1940 por Lon I. Fuller, el principal adversario del realismo desde posiciones iusnaturalistas:

“(…) después de todo, la distinción entre oficiales y legos no descansa sobre un hecho observable, como la utilización de un distintivo o de una toga, sino sobre un orden normativo, sobre un sistema de normas existentes con anterioridad a la conducta de los hombres bajo tales atributos”. Sin embargo, concluye Fuller, “este asumido orden normativo, que nos dice quien es un oficial, es exactamente la clase de cosa que el realismo intenta eliminar del estudio del derecho”.

Ciertamente, la conducta de los jueces, que para los realistas es la base de su teoría, no acontece y se desarrolla de tal o cual forma por mera casualidad sino porque es el propio derecho el que ha determinado, establecido y regulado tal conducta, para dotarla de su especial singularidad y diferenciarla de otras conductas (la de un abogado, por ejemplo). En opinión de H.L. Hart, el realista estaría ignorando las nociones de competencia y autoridad. Incluso el propio hecho de referirse a “tribunales” y “sentencias judiciales” sólo puede tener sentido a partir de la preexistencia de al menos cierto tipo de normas jurídicas: las normas de enjuiciamiento o de adjudicación, siguiendo la terminología de Hart<sup>23</sup>. En definitiva, los realistas no pueden ignorar la necesaria preexistencia de un orden normativo.

- c) La inadecuación del enfoque predictivo que acompaña a la noción realista del derecho para entender adecuadamente la auténtica naturaleza del fenómeno jurídico. Es decir, el derecho no puede presentarse simplemente como una descripción de la conducta judicial en el pasado o una predicción de lo que los tribunales harán en el futuro respecto de determinada controversia dado que esto implica

23 Como ya conocemos, la teoría hartiana establece que lo característico del derecho consiste en la conexión sistemática de dos tipos de reglas: 1) Las reglas primarias, que regulan la conducta imponiendo deberes y obligaciones, y 2) Las reglas secundarias, que son reglas sobre reglas, es decir, básicamente, que regulan la validez y la aplicación de las reglas primarias. Las reglas secundarias son a su vez de tres tipos: a) Reglas de enjuiciamiento o adjudicación, que son las reglas que establecen los órganos y procedimientos para resolver los conflictos jurídicos (*rules of adjudication*); b) reglas de cambio, que son las que establecen los órganos y procedimientos para la creación y revocación de las reglas del sistema (*rules of change*); c) Reglas de reconocimiento, que establecen los criterios para identificar las demás reglas como reglas pertenecientes al sistema (*rule of recognition*). Concretamente, las primeras, las reglas de enjuiciamiento o adjudicación, permiten eliminar un problema de ineffectividad en la sociedad dado que sino, el cumplimiento de las reglas sólo podría estar asegurado por modos difusos e informales de presión, son -ajuicio de Hart- las que pueden explicar que los realistas se refieran a los tribunales, a los jueces, y a las sentencias. (Vid. HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990). La teoría de Kelsen representa para Hart una construcción demasiado formalista y abstracta; por otro lado, la escuela realista norteamericana (especialmente Holmes), representa el límite opuesto: el concepto predictivo, excesivamente fáctico y concreto, al que no desea acercarse para no perder en enfoque normativo y jerárquico del sistema jurídico. Hart considera a Kelsen bastante idealista por lo que se propone una alternativa ligeramente más realista. Sin embargo, esta distinción acaba respondiendo a un juego de apariencias y matices. No se trata ahora de afirmar que Kelsen y Hart se adhieran a la teoría predictiva. Es más, ambos autores apuntaron algunos de los defectos del predictismo. Sin embargo, una teoría del derecho que incluya en su seno ciertos factores de hecho, ajenos al puro ordenamiento jerárquico, tiende a deslizarse, por la vía del predictismo, hacia el extremo del realismo sociológico. Este puede ser el dilema del positivismo jurídico. Si la teoría da cabida a los vaivenes de la realidad, se ve precisada a describir esa realidad. Si se constituye en sistema ideal cerrado y finge no ver la realidad circundante, encuentra a menudo que sus deducciones intrasistemáticas no coinciden con la situación social que funda su utilidad. Y por último, si busca situarse en algún punto intermedio, su propia dinámica la empuja hacia alguno de los extremos.

desconocer que el derecho posee, especialmente para los órganos encargados de su aplicación, un carácter fundamentalmente prescriptivo.

Como podría explicarnos Kelsen, el realista confunde el terreno del juego jurídico en la medida en que el derecho no se mueve en el plano del “ser” sino del “deber ser”<sup>24</sup>. El orden normativo no le dice al juez en qué forma decidirá realmente sino precisamente en qué forma deberá decidir. Los tribunales no buscan por tanto en la ley una respuesta a la pregunta sobre lo que realmente harán sino a la pregunta sobre lo que deben hacer. La aproximación realista descuida o ignora lo que Hart ha denominado “el punto de vista interno” sobre el derecho. Es decir, el punto de vista propio, no de un observador imparcial y ajeno a la comunidad que se limita a describir objetivamente una serie de prácticas sociales, sino aquel propio de los miembros del grupo sujetos al ordenamiento (y entre ellos especialmente los jueces), para quienes las normas jurídicas constituyen fundamentalmente guías de conducta, standard conforme a los cuales juzgar sobre la corrección o incorrección de determinadas actuaciones. Desde el punto de vista de estos operadores jurídicos, el derecho representa un orden que suministra las razones que justifican la actuación en una determinada dirección, y no un instrumento sociológico de predicción de los comportamientos.

- d) La caracterización del derecho como aquello que hacen determinadas personas –y no como aquello que deberían hacer en virtud de determinadas normas- preconizaba en el fondo un positivismo apegado a los hechos, que no mostraba ningún interés por la cuestión de los ideales y los valores jurídicos. En opinión de Fuller, el intento realista por limitarse al análisis jurídico en datos estrictamente fácticos, empíricamente constatables, estaba destinado al fracaso en la medida en que no se podía comprender adecuadamente el fenómeno jurídico sin reconocer que los valores constituyen un componente esencial e intrínseco de los hechos jurídicos.

Es más, algún grupo de juristas extremaron la crítica con respecto a la noción realista del derecho a partir de lo que consideraban era una muestra de la total indiferencia del movimiento por las cuestiones de carácter ético, indiferencia que resultaba finalmente en la reducción del derecho a la simple fuerza bruta. Si el derecho es –subrayaban los críticos- aquello que hacen determinadas personas que tienen poder para actuar, el derecho queda reducido a la expresión de la voluntad del más fuerte. Las acusaciones más severas en este sentido provenían de Roscoe Pound, la gran figura de la filosofía jurídica norteamericana en aquel momento, quien calificó al realismo de “filosofía de la rendición” (*give-it-up philosophy*). Ello llevó a alguno otros juristas a acabar acusando al realismo de proporcionar una justificación a los movimientos totalitarios que en aquellos momentos se estaban gestando en Europa.

Tanto Llewellyn como Frank se lamentarían, años más tarde, de la incompreensión de la que habían sido objeto sus trabajos, dado que las críticas se centraron casi exclusivamente en sus propuestas de definición del derecho. Llewellyn, con ocasión de la publicación en 1951 de *The Bramble Bush* –trabajo que, privadamente ya había publicado en 1931 (LLEWELLYN, 1991)- se lamentaba amargamente de que, apoyándose casi exclusivamente en las trece palabras que contenía su ya citada definición e ignorando el resto de la obra, los críticos le hubieran atribuido “la no creencia en las normas, la negación de su existencia y deseabilidad, la aprobación y exaltación de la fuerza bruta, el poder arbitrario y la tiranía ilimitada, la no creencia en ideales y particularmente en la justicia”. Como también se lamentaba Frank: “(...) enseguida me encontré acosado por otros definidores del derecho que, a su vez, diferían unos de otros. Una disputa más fútil y que suponga una mayor pérdida de tiempo es difícilmente imaginable”<sup>25</sup>.

24 Podría llamar la atención que Kelsen criticara a los realistas cuando al igual que ellos, su objetivo era también el de intentar “dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho” (KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de J.R. Vernengo, México, Porrúa, 1993, p.15). Es decir, tanto los realistas como el propio Kelsen, se posicionan de partida contra toda pretensión de tipo iusnaturalista que confunda los planos descriptivo y valorativo. Sin embargo, a partir de este punto de partida positivista común, sus caminos se distanciarán. Así, mientras el realismo sitúa su teoría en el terreno de lo fáctico en cuanto le interesa el derecho tal como es o funciona en la realidad social a través de su aplicación por los tribunales, para la teoría kelseniana el derecho es pura normatividad o deber ser jurídico, una relación formal de imputación despojada de toda materialidad. Como consecuencia, ambos dirigirán su atención hacia áreas opuestas de lo que consideran la realidad jurídica.

25 FRANK, Jerome, “Legal Thinking in Three Dimensions (Pensamiento jurídico tridimensional)”, cit., p.9.

Los conceptos de los realistas deben ser interpretados como meros programas de investigación y no como definiciones (y mucho menos como definiciones reales). Es verdad que el realismo nos abre una panorámica nueva del universo jurídico en la que las decisiones judiciales vienen a ocupar el lugar de privilegio que hasta entonces había correspondido a las normas y los principios. En la base del proyecto de investigación realista se proclama una “desconfianza con respecto a la teoría de que las formulaciones normativas prescriptivas tradicionales son el factor operativo determinante en la producción de las decisiones judiciales”, lo cual, como aclara Llewellyn, “no equivale en absoluto a negación en cualquier caso dado”. Frank alude a desconfianza, “escepticismo” concretamente, que es la actitud metódica de quien no da nada por sentado y pretende comprobar la veracidad de toda afirmación<sup>26</sup>.

El realista puso en tela de juicio la función judicial propia en aquel momento en Estados Unidos, conforme a la cual se consideraba que la tarea del juez era la de declarar o descubrir el derecho aplicable a cada caso mediante la realización de una serie de operaciones de carácter lógico deductivo que sacaban a la luz la solución predeterminada por el ordenamiento.

Para el realista, “una teoría del derecho que no surja de la práctica jurídica es una mala teoría”, como apuntaba Frank. Sólo de una adecuada interrelación entre el mundo de los conceptos y el de los hechos puede brotar la energía necesaria para la realización de ese propósito de transformación de la realidad que alienta el proyecto realista. Como subraya Solar Cayón, “el concepto realista de derecho representa así el punto de apoyo inicial sobre el que se despliega un ingente esfuerzo teórico por tender puentes entre el mundo de las ideas y el de la experiencia, entre la realidad a transformar y los objetivos e ideales planteados como metas”. Compartimos esta opinión, en la medida en que los realistas americanos pretendieron anular lo que presentían era el concepto de la justicia con las propias vivencias sociales de la comunidad, intentado superar los obstáculos de incomunicación que suelen ser habituales entre la ciudadanía y la Administración de Justicia.

“Justificar, alegar, probar”, los tres ingredientes imprescindibles que todo buen abogado conoce y utiliza para ganar un juicio, están sometidos en la actualidad a una alteración significativa. Justificar y alegar, tomando como base las normas y las leyes, no tiene la consistencia de tiempos pasados, y con el “normativismo” no se gana los juicios. La prueba parece haberse convertido en la clave para que los jueces forjen su criterio sobre los conflictos que se les plantean y dicten sentencia. La prueba está mucho más cerca de las “normas reales” que de las “normas de papel”. Por ello, nuestro sistema jurídico, nuestra concepción del criterio de justicia, intenta superar algunos de los conocidos modelos de juez a los que R. Dworkin hacía referencia –Júpiter y Hércules<sup>27</sup>- y prefiere pensar en el juez Hermes, el modelo de comunicador entre los textos normativos y los problemas reales de los ciudadanos.

## CONSIDERACIONES FINALES

El diseño que sustenta función jurisdiccional parece incorrecta, tanto en el plan descriptiva como la esfera normativa. Bajo el punto de vista descriptivo, que transmite una imagen muy parcial del fenómeno constitucional, que no se captura con todos sus matices y riqueza, destacando sólo la acción de uno de los

26 SOLAR CAYÓN, José Ignacio, “El concepto de derecho en el realismo jurídico americano”, cit., p.1205.

27 Partiendo de la mitología griega, son tres modelos de jueces a los que alude Dworkin: a) Conforme al modelo representado por *Júpiter*, el derecho proviene de arriba y adopta la forma de ley. Se expresa de forma imperativa y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido (*dura lex sed lex*). Se aplica imparcialmente las normas (tradicional figura de la justicia, con la venda sobre los ojos). Júpiter representa el paradigma del juez convencional formalista e imparcial, pero sin ser neutral. Bajo el mandato de la independencia y al amparo de la teoría de la separación de poderes, cubriéndose con la seguridad y certeza jurídicas, Júpiter oculta la ideología del liberalismo capitalista burgués; b) Según el modelo representado por *Hércules*, el derecho que parte de la toma de contacto con lo empírico y es adoptado por corrientes como las del realismo. Juez semidios que se somete a los trabajos agotadores de juzgar. El Derecho que hay que considerar es el jurisprudencial; es la decisión y no la ley la que crea autoridad; lo concreto del caso se superpone a la generalidad y abstracción de la ley. Es el modelo del juez constitucional, garante de los derechos y libertades individuales y del control de la legalidad de la Administración; c) *Hermes* representaría el mensajero de los dioses, representado por una red, con una multitud de puntos en interrelación. Siempre está en movimiento, está a la vez en el cielo y en la tierra. Es el mediador universal, el gran comunicador. Trabaja con el Derecho postmoderno.

varios agentes importantes de logro constitucional. Bajo el punto de vista jurídico, a favor de un Gobierno a la moda platónica, de presumirse sabios son invitados a tomar una posición paternalista ante una sociedad infantil.

Así que esto le sumamos que la jurisdicción constitucional debe ser ejercida cómo la vida debe ser vivida por el equilibrista: con la audacia necesaria para equilibrar las fallas en el sistema, sazonados con la suficiente contención para no elevarse y caer sobre la realidad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- . ARA PINILLA, Ignacio, *Teoría del Derecho*, Madrid, Taller Ediciones JB, 1996.
- . ASÍS ROIG, Rafael de, *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2005.
- . DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, trad. de M. Iglesias Vila e I. Ortiz de Urbina, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.
- . FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- . FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind* (1930), Gloucester, Peter Schmith, 1970.
- \_\_\_\_\_ (“Realism in jurisprudente”, en *The American Law School Review*, Vol.VII, 1934, p.1063-1069.
- \_\_\_\_\_ “Legal Thinking in Three Dimensions (Pensamiento jurídico tridimensional)”, en *Syracuse Law Review*, vol.I, nº1, 1949, pp.9-25.
- \_\_\_\_\_ “Palabras y Música (algunas observaciones sobre la interpretación de las leyes”, en AA.VV., *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, Losada, 1951, pp.173-209.
- \_\_\_\_\_ *Belleza y estilo en el derecho*, trad. de JJ. Puig Brutau, Barcelona, Bosch, 1953.
- \_\_\_\_\_ *Derecho e incertidumbre*, trad. de C.M. Bidegain, México, Fontamara, 3ªed., 1993.
- . GRAY, Jhon C., *The Nature and Sources of the Law*, Dartmouth Publishing Company, edited by D. Campbell and P. Thomas, 1997.
- . HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990.
- . Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de J.R. Vernengo, México, Porrúa, 1993.
- . GASCÓN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- . LLEWELLYN, Karl, “Some Realism about Realism –Responding to Dean Pound”, en *Harvard Law Review*, vol.XLIV, nº8, 1931, pp.1222-1264.
- \_\_\_\_\_ *The Bramble Bush* (El zarzal), New York, Oceana Publications, Inc., 1991.
- \_\_\_\_\_ “A Realistic Jurisprudente – The Next Step”, en *Columbia Law Review*, vol.XXX, nº4, abril, 1930, pp.431-465. Hay traducción al castellano: “Una teoría del derecho realista: el siguiente paso”, en P. Casanovas y J.J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp.244-293.
- . MIRAUT MARTÍN, Laura, *La teoría de la decisión jurídica de Benjamín Nathan Cardozo*, Madrid, Dykinson, 1999.
- . NIETO, Alejandro, *Balada de la justicia y de la ley*, Barcelona, Ariel, 2002.
- . PÉREZ LLEDÓ, José Antonio, *El movimiento Critical legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996.

. POUND, Roscoe, *The Spirit of the Common Law* (1921) (trad. al castellano de J. Puig Brutau, *El espíritu del "common law"*, Barcelona, 1954).

. RECASENS SICHES, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*, México, Editorial Porrúa, 1963.

\_\_\_\_\_ "El movimiento del realismo jurídico americano", en *Antología: 1922-1974*, México, FCE, 1976, pp.291-308.

. SÁNCHEZ DÍAZ, Félix F., *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl Llewellyn*, Granada, Comares, 2002.

. SOLAR CAYÓN, José Ignacio, "Dos visiones de la soberanía en la filosofía jurídica anglosajona: del Rey Midas al soberano intermitente", en *Derechos y Libertades*, año IV, nº7, 1999, pp.495-506.

\_\_\_\_\_ "El concepto de derecho en el realismo jurídico americano: una reinterpretación", en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: Escritos jurídicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2003, pp.1185-1206.

. TARELLO, Giovanni, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffré, 1962.

. WENDEL HOLMES, Oliver, *The path of the Law* (La senda del derecho), prólogo de A. Russo, trad. de C.A. Garber, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959.

\_\_\_\_\_ *Los votos discrepantes del Juez O.W. Holmes*. Estudio preliminar y trad. de C. Arjona Sebastián, Madrid, Iustel, 2006.

RECEBIDO EM: 29/11/2015 APROVADO EM: 21/01/2016
--